

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：12920061150612

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

代 位 继 承 制 度 研 究

Study on the System of Succession by Subrogation

邱 淑 贞

指导教师姓名： 蒋 月 教 授

专 业 名 称： 法 律 硕 士

论文提交日期： 2009 年 4 月

论文答辩时间： 2009 年 月

学位授予日期： 2009 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2009 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

代位继承制度实质上是法定继承制度的一种特殊形式，设立这项制度的目的在于保障被代位继承人的直系卑亲属的物质生活和经济利益。随着社会主义市场经济的发展，我国社会发生了巨大的变化，尤其是我国加入 WTO 后，国际交往更加频繁、深入，我国代位继承制度存在立法规定与法理不符、具体操作不公等问题，难以适应新形势下充分保护公民财产继承权的需要。

本文除前言和结语外，正文包括以下四章：

第一章概述。对代位继承进行一般理论分析，阐述了代位继承的概念及历史沿革，肯定了代位继承在维系家庭亲缘关系，保证个人财产在家庭内部合理流转和家庭财富的积累，促进生产力发展等方面的积极作用；关于代位继承的性质，学界主要存在两种学说——“代表权说”与“固有权说”，本文认为，“代表权说”在法理和现实中存在诸多不合理之处，不能充分保障代位继承人继承权的实现，应采“固有权说”为当。

第二章若干国家和地区代位继承制的构成。各个国家和地区关于代位继承法律构成的具体规定均存在较大差异，对于一些有代表性的国家和地区在代位继承的发生原因、被代位人的范围、代位继承人的范围及法律效力等各个方面进行比较研究，可以发现，由于我国采“代表权说”而使发生原因局限于被代位人先于被继承人死亡的情况，且我国法定继承人范围较为狭窄而致被代位人和代位继承人范围的狭窄。

第三章代位继承的几个具体问题研究。在肯定“固有权说”的基础上，对我国现行代位继承制度在具体适用过程中存在的若干突出问题，进行分析，并提出妥善的解决方案，有助于进一步正确适用代位继承制度。

第四章完善我国代位继承制度的立法建议。在总结我国现行代位继承立法存在的发生原因与代位继承人范围过窄、规定不够详尽等问题的基础上，本文认为，完善代位继承制度应在“固有权说”的指导下，借鉴其他国家和地区的立法例，并结合我国的实际情况，重新调整代位继承的发生原因，适当扩大代位继承人的范围，协调丧偶儿媳或女婿与代位继承人的继承地位，并明确代位

继承人的应继份额，以更好地发挥代位继承制度的功能，更有效地保护公民个人财产的合法继承权。

关键词：代位继承；构成；完善建议

厦门大学博硕

ABSTRACT

The system of succession by subrogation is virtually a kind of special form of statutory succession, which aims to ensure the material life and the economic interests of the subrogated successors. With the development of the socialist market economy, great changes have been taken place in our country, especially international communion have been more frequent and deeper after we joined WTO; there are some problems such as our statutes 's unconformity to jurisprudence and unfairness in operation and so on, which is hard to adapt to the need of fully protecting people's rights of property inheritance in new situation.

This thesis includes four chapters besides the preface and the conclusion.

Chapter 1 Introduction. Academic analyses of succession by subrogation: it expounds the concepts and the history, affirms the positive functions of succession by subrogation on maintaining the family, assuring rational movements and accumulation of personal property in a family, promoting productivity etc.. As for the nature of the succession by subrogation, there are mainly two theories-- the representation theory and the intrinsic right theory. This thesis holds that the intrinsic right theory is more appropriate, because there is too much unreasonableness about the representation theory in the theory and the real life, which could not fully protect the right of the subrogated successors.

Chapter 2 The composition of the system of succession by subrogation among several countries and areas. There are great differences of succession by subrogation in statutes among several countries and areas, this thesis gives a comparative study on the causes, scopes of the representation heir and the subrogated successors, and legal effects. It can draw a conclusion that it is more limited in our system of succession by subrogation because of the representation theory.

Chapter 3 Research on several concrete matters of subrogation by succession. Based on the intrinsic right theory, studying on the several outstanding matters helps

to understand and apply the subrogation by succession.

Chapter 4 Proposals on improving our system of subrogation by succession.

It summarizes the legislative limitation in the causes and the scopes of the subrogated successors, insufficient statutes. Under the direction of the intrinsic right theory, learning the legislative forms of other countries and area with our actual conditions, this thesis considers that it should readjust the causes, properly widen the scopes of the subrogated successors, coordinate the contradiction between daughter-in-law or son-in-law who bereft her or his spouse and the subrogated successors, and state definitely the successional portion, which can strengthen the function of succession by subrogation ,and effectively protect people's legitimate right of inheritance.

Key Words: Succession by Subrogation; Composition; Proposals.

厦门大学博硕

目 录	
前 言	1
第一章 代位继承概述	3
一、代位继承的概念	3
二、代位继承制度的历史沿革	5
三、代位继承的性质	6
(一) 两种主要学说概述	6
(二) “代表权说” 的缺陷	7
(三) “固有权说” 的合理性	9
第二章 若干国家和地区代位继承制的构成	11
一、代位继承的发生原因	11
(一) 以被代位人先于被继承人死亡为发生原因	11
(二) 以被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权为发生原因	12
(三) 以被代位人先于被继承人死亡、丧失和放弃继承权为发生原因	12
二、被代位人的范围	14
(一) 被代位人限于被继承人的直系卑亲属	14
(二) 被代位人为被继承人的直系卑亲属、兄弟姐妹及其直系卑亲属	15
(三) 被代位人为被继承人的直系卑亲属、父母及其直系卑亲属、 祖父母及其直系卑亲属	15
(四) 被代位人为被继承人的直系卑亲属、兄弟姐妹及其直系卑亲属、 祖父母和外祖父母及其直系卑亲属	16
三、代位继承人的范围	17
(一) 代位继承人必须是被代位人的直系卑亲属	17
(二) 非婚生子女应作为代位继承人	18
(三) 被代位人的养子女可否作为代位继承人	18
(四) 被代位人的继子女可否作为代位继承人	19
四、代位继承的法律效力	20

第三章 代位继承的几个具体问题的研究	22
一、代位继承是否适用于被继承人子女全部死亡时的情形	22
二、继承人和被继承人的死亡次序与代位继承	23
三、代位继承是否适用于被继承人的子女在继承开始后丧失继承权的情形	24
四、如何确定代位人丧失或放弃对被继承人的继承权时的代位继承权	24
五、丧失和放弃对被代位人的继承权者能否作为代位继承人	25
六、代位继承人是否限于被代位人死亡或丧失继承权时生存的直系卑亲属	25
七、丧偶儿媳或女婿与代位继承	27
第四章 完善我国代位继承制度的立法建议	29
一、我国代位继承制度的缺陷与不足	29
（一）“代表权说”不合理	29
（二）代位继承的发生原因狭窄	29
（三）被代位人的范围狭窄	30
（四）排除了与被代位人有扶养关系的继子女的代位继承权	30
（五）未明确规定代位继承的法律效力	31
（六）丧偶儿媳或女婿的继承权与代位继承冲突	31
二、完善我国代位继承制度的立法建议	31
（一）立法建议	31
（二）试拟条文	32
结 语	33
参考文献	34

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Introduction	3
Subchapter1 Concepts	5
Subchapter2 Brief History	7
Subchapter3 Nature	7
Section1 General Introduction to Two Theories	8
Section2 Limitation of the Representation Theory	9
Section3 Rationality of the Intrinsic Right Theory	12
Chapter 2 The Composition of the System of Succession by Subrogation among Several Countries and Areas	12
Subchapter1 Causes	12
Section1 The Predecease of the Representation Heir	12
Section2 The Predecease and Forfeiture of the Right of Inheritance	13
Section3 The Predecease and Forfeiture and Renunciation of the Right of Inheritance	14
Subchapter2 Scope of the Representation Heir	14
Section1 Lineal Descendents of the Decedent	15
Section2 Lineal Descendents, Siblings and Their Lineal Descendents of the Decedent	16
Section3 Lineal Descendents, Parents and Their Lineal Descendents, Paternal Grandparents and Their Lineal Descendents of the <u>Decedent</u>	16
Section3 Lineal Descendents, Parents and Their Lineal Descendents, Paternal Grandparents and Maternal Grandparents and Their Lineal Descendents of the Decedent	17
Subchapter3 Scope of the Subrogated Successors	17
Section1 The Subrogated Successors Should Be Lineal Descendents of the Representation Heir	18
Section2 Illegitimate Children Should Be Subrogated Successors	19
Section3 Can Adopted Children Be Subrogated Successors	19
Section4 Can Step-children Who Supported or Were Supported by the Representation Heir Be Subrogated Successors	20
Subchapter 4 Legal Effects	23

Chapter 3	Research on Several Concrete Matters of Succession by Subrogation	23
Subchapter1	Can It Be Applied to the Condition of All Death of the Decedent's Children	24
Subchapter2	The Death Order of the Decedent and Successors Succession by Subrogation	25
Subchapter3	Can It Be Applied to the Decedent's Children Forfeit Their Rights after Succession	25
Subchapter4	How to Validate the Rights of Succession by Subrogation when the Subrogated Successors Forfeit and Renounce of Their Right of Inheritance toward the Decedent.....	26
Subchapter5	One Who Forfeits and Renounces His Right of Inheritance the Representation Heir Can Be the Subrogated Successors.....	26
Subchapter6	If the Subrogated Successors Are Limited to Living Lineal Descendents when the Representation Heir Forfeit and Renounce their Right of Inheritance	25
Subchapter7	Daughter-in-law or Son-in-law Who Bereft Her or His Spouse and the Succession by Subrogation.....	28
Chapter4	Proposals on Improving Our System of Succession by Subrogation.....	30
Subchapter1	The Legislative Limitation.....	30
Section1	Irrationality of the Representation Theory	30
Section2	The Cause Is Too Limited.....	30
Section3	Scope of the Representation Heir Is Too Limited	31
Section4	Exclusion of the Right of Step-children Who Supported or Were Supported by the Representation Heir	31
Section5	Indeterminate Stipulation of the Legal Effects.....	31
Section6	The Contradiction between Daughter-in-law or Son-in-law Who Bereft Her or His Spouse and the Succession by Subrogation	32
Subchapter2	Proposals on Improving Our System of the Succession by Subrogation	32
Section1	Proposals	32
Section2	Articles	33
Conclusion	34
Bibliography	35

前 言

我国 1985 年颁布与实施的《继承法》，对于保护公民的财产继承权，调动人们的生产积极性，推动社会经济发展，稳定社会秩序，在一定程度上起到了积极的作用。然而改革开放三十年来，我国社会发生了巨大的变化：随着社会主义市场经济的发展，个体私营经济数量不断增多，成为我国社会主义市场经济的重要组成部分，是我国宪法明确保护的所有制形式，基于保护公民个人财产所有权的私法理念，人们迫切要求死亡后遗留的个人财产尽可能由其近亲属继承；针对人口多、人均资源少的国情，我国已经实行了二十多年的计划生育政策，而且今后仍将在一定时期内继续实行下去，事实上必将造成法定继承的范围逐渐缩小；我国加入 WTO 后，我国和其他国家、地区之间的交往更加频繁、深入，今后涉外婚姻将会不断增多，我国大陆地区在继承的适用范围上显然过窄，不足以充分保护涉外当事人的财产继承权。因此，现行《继承法》中的一些规定已不能适应新形势下继承法律关系的需要。

就法定继承制度而言，代位继承作为法定继承的一种特殊形式，是继承制度的一项重要内容，它对调整社会主义继承关系，保护公民个人的合法权益，促进家庭成员之间的互相扶助、和睦团结，促进社会主义家庭关系的巩固和发展，建设社会主义和谐社会等方面发挥了不可替代的作用。但是根据我国现行继承法的相关规定，与其他国家和地区的立法规定存在较大差异，法律条款与法理相冲突，而且法定条件的执行操作存在一定的难度，这些都直接影响了家庭关系，不能很好地保证代位继承权的实现。

我国很多学者对我国现行继承法律关系进行了论述和研究，对其中存在的不足进行了分析，并提出了立法修改建议，就代位继承而言，多数学者都赞同代位继承的性质采“固有权说”，其发生原因应包括被代位人丧失继承权。尤其是有些学者在拟民法典草案建议稿时设了继承专编，其中都涉及代位继承制度的修改和完善：张玉敏认为，被代位人先于被继承人死亡和丧失继承权都是代位继承发生的原因，并应扩大代位继承人至被继承人兄弟姐妹的子女；王利民和梁慧星也都建议发生原因应包括被代位人丧失继承权的情形；徐国栋提出，代位继承的发

生原因包括被代位人先于被继承人死亡、丧失和放弃继承权，并且代位继承人扩大至被继承人兄弟姐妹的直系血亲卑亲属。在继承法专著研究方面，我国一些学者对各国和地区的代位继承制度进行了论述，并比较了各立法例上的差别，如郭明瑞、房绍坤、刘文等归纳了其他国家和地区代位继承制度的不同类型，提供了可供完善我国代位继承制度的参考资料；陈炜比较了我国大陆和港澳台地区的代位继承制度，其提出的修改建议与张玉敏相同。

以上学者的研究和论述，对代位继承领域的研究和发展起到了相当大的作用，在当前代位继承法律关系研究比较薄弱的时期，更显珍贵。但综观以上学者的研究，都是将代位继承置于继承法律制度的整体完善的前提下，且集中在发生原因和代位继承人的范围方面的立法调整建议中，对具体适用问题也较少涉及。因此，本文试从代位继承的概念及性质、立法例比较、适用问题以及立法修改的角度进行研究，以得出对代位继承制度的较为全面的认识。

本文主要采用理论分析、比较研究等方法，从民法理论、继承法理论出发，对代位继承的概念和性质进行深入细致的分析，比较研究其他国家和地区代位继承制度的立法规定，对代位继承的具体适用问题进行探讨，总结出我国立法方面的缺陷和不足，在借鉴其他国家和地区的立法经验并结合我国社会现状，吸收国内学者研究精华的基础上，提出较合理的立法修改建议，希望有助于完善我国代位继承制度，使其既能够尊重我国民间合理的继承传统和习惯，又适应变化了的社会经济现状，实现与国际社会的接轨。

第一章 代位继承概述

一、代位继承的概念

代位继承又称代袭继承或者承祖继承，其语源出自罗马法的 *successio in locum*，其立法理由“在宗祧继承，则在于延绵宗嗣，立子以贵立嗣以长，而遗产继承，则为公平而设。”^①根据我国《继承法》第 11 条规定，代位继承为被继承人的子女先于被继承人死亡，由被继承人的子女的晚辈直系血亲代替其继承被继承人的遗产的制度。其中被继承人的子女称为被代位继承人，简称被代位人；被继承人的子女的晚辈直系血亲为代位继承人，简称代位人。但是在这个定义中，代位继承的适用范围过窄，并且没有揭示出代位继承的本质特征，无法认清代位继承的实质及其在整个继承制度中的地位和作用。

现代各国和地区的立法一般都规定了代位继承制度，但对于代位继承的概念和条件的规定并不完全一致，因此对于其概念不可一概而论。

《法国民法典》第 751 条规定：“代位继承是一种法律上的拟制，其效果是使代位继承人取得被代位人的权利。”^②《德国民法典》第 1924 条第 3 项规定：

“在继承开始时已不生存的直系血亲卑亲属，由其通过自己而与被继承人有血缘关系的直系血亲卑亲属代替之。”^③《意大利民法典》第 467 条规定：“代位继承

指在尊亲属不能或不愿意接受遗产或遗赠的情况下，他们的卑亲属按照尊亲属所在的亲等取得代替尊亲属参加继承的权利。如果遗嘱人对于被指定的继承人不能或者不愿意接受遗产或遗赠的情况未作规定，并且放弃的遗赠不涉及用益权或其他具有人身性质的权利，则发生遗嘱代位继承。”^④《日本民法》第 887 条规定：

“（一）被继承人的子女为继承人。（二）被继承人的子女在继承开始前已死亡，或该当第 891 条的规定，或因废除而丧失其继承权时，由其子女代位为继承人。

^①史尚宽．继承法论[M]．北京：中国政法大学出版社，2000．83．

^②罗结珍．法国民法典[Z]．北京：法律出版社，2004．572．以下所引《法国民法典》条文出处均同该版本，不另注。《法国民法典》原第 739 条规定：“代位继承是一种法律上的拟制，其效果在于使代位继承人按照被代位人亲等与权利，进入被代位人的地位。”

^③陈卫佐．德国民法典[Z]．北京：法律出版社，1999．460．以下所引《德国民法典》条文出处均同该版本，不另注。

^④费安玲．意大利民法典[Z]．北京：中国政法大学出版社，2004．121．以下所引《意大利民法典》条文出处均同该版本，不另注。

但不属于被继承人的直系卑亲属之人，不在此限。（三）前项的规定，于代位人在继承开始前死亡，或符合第 891 条的规定，或因废除而丧失其代位继承权场合准用之。”^①《美国统一继承法典》第 2-106 条：“本法所规定的代位继承制是指将遗产分为与死者最近的同一亲等亲属的人数和遗有卑亲属的已亡同亲等亲属的人数相等的份额，该亲等的每一生存的亲属均可取得一份遗产，已亡亲属的应继份额可依相同方式在其卑亲属中分配。”^②我国“台湾地区民法”第 1140 条规定：“第 1138 条所定第一顺序之继承人，有于继承开始前死亡或者丧失继承权者，由其直系血亲卑亲属代位继承其应继份。”^③

从以上各个国家和地区继承立法中对代位继承制度的规定来看，代位继承有三个方面的共同点：仅适用于血亲继承；代位继承人必须是被代位人的直系卑亲属；代位继承人只能继承被代位人的继承份额。从字面上看，我国代位继承概念符合这三点，但我国代位继承的适用范围要狭窄得多，即仅限于被继承人的子女死亡的情况，而且不及于其他血亲。

在国内学界中，史尚宽认为，代位继承是指有法定继承权的人在继承开始前死亡或丧失继承权时，由其直系卑亲属代位继承其应继份额的法律制度。^④张玉敏则认为，代位继承是指某一亲系的最近亲等的血亲继承人先于被继承人死亡或者丧失继承权时，依法由其直系卑亲属按其继承顺序和份额继承被继承人遗产的继承方式。^⑤

笔者认为，张玉敏对于代位继承的概念的表述更为准确，其对该制度的适用条件的概括较为全面，并且这一定义集中体现了代位继承的法律特征：

第一，代位继承是与本位继承相对应的继承制度。本位继承是指继承人基于自己的继承地位和顺序进行继承，如子女继承父母的遗产。代位继承是继承人按照被代位人的继承顺序和继承份额进行继承，如孙子女按照儿子的继承顺序和份额继承祖父母的遗产。代位继承关系是由被继承人死亡这一法律事实引起的，其与本位继承的区别仅在于：代位继承人不是按照自己的顺序继承被继承人。

^①王书江．日本民法[Z]．北京：中国人民公安大学出版社，1999．157．以下所引《日本民法》条文出处均同该版本，不另注。

^②周强、刘晓星．美国统一继承法典概述[J]．政治与法律，1984，(4)：76-78．以下所引《美国统一继承法典》条文出处均同该版本，不另注。

^③陈安，主编．台湾法律大全[Z]．北京：中国大百科全书出版社，1998．228．以下所引“台湾地区民法”条文出处均同该版本，不另注。

^④史尚宽．继承法论[M]．北京：中国政法大学出版社，2000．3．

^⑤张玉敏．继承法律制度研究[M]．北京：法律出版社，1999．223．

第二，代位继承只能发生于血亲继承中。代位继承的实质是在某些顺序的血亲继承人中，遗产按支分配，每个继承人的应继份实际上被视为属于该“支”。因此如果与被继承人亲等最近的继承人死亡或因其他原因不能继承，其应继份不能归属于他支，只能留在本支内由其直系卑亲属继承。这种按支继承的观念是代位继承的真正的基础。也正因为如此，代位继承只能发生于血亲继承中。

第三，代位继承是一次继承。代位继承人直接继承被继承人，而不是先由被代位人继承，再由代位继承人继承。因此代位继承是一次继承。这也是代位继承与转继承的根本区别。

二、代位继承制度的历史沿革

代位继承是各国继承法中的一项重要法定继承制度，其起源甚早。

在罗马法时代即已出现了代位继承，且该制度起源于罗马法的按支继承。罗马早期由于生产力水平很低，家长死后留下的一些微薄的财物，就由家庭成员继续享用和分配，不存在代位继承。然至中后期，生产力水平有所提高，大家庭的所有制逐渐被小家庭的私有制所取代，宗亲继承亦被血亲继承所取代，于是继承顺序便依感情疏密、亲等远近得以确立，一亲等的血亲先继承，如果第一亲等的亲属中有先于被继承人死亡或丧失继承权的情形，则第二亲等的亲属代位他们来继承，但以第一亲等的亲属生前没有放弃继承权为条件。罗马法规定代位继承的理由在于，推定被继承人对其直系卑亲属有同等感情，特别是子女先死亡时，若其子女尚未成年，不能独立生活，因而有予以照顾的必要。在罗马法中，不仅直系血亲卑亲属可以代位继承，兄弟姐妹的子女也可以代位继承，但这仅限于同父的兄弟姐妹的子女，至优帝时此种限制被取消。^①优士丁尼在《法学阶梯》第 I.3 条、第 I.6 条明确指出，当有一个儿子或女儿和出自另一个儿子的孙子、一个孙女被召集继承的情况，亲等近的不排斥亲等远的，因为孙子和孙女是代其父亲之位。孙子女代位继承，不是按人头而是按支分割遗产。一个儿子或女儿继承一半的遗产，另一个儿子所生的两个或更多的孙子女拥有另一半。^②

^①周枬. 罗马法原论(下册)[M]. 北京: 商务印书馆, 1994. 439.

^②[古罗马]优士丁尼. 法学阶梯[M]. 徐国栋译, 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 279. 当然继承人(指直接处于遗嘱人的家长权支配之下, 而在家长死亡时即成为自权人的那些家属)有数人时, 如果他们是同一亲等的, 则不分男女, 按人数平均分配遗产。被继承人的孙子女是二亲等的法定继承人, 他们代替其父的地位参与继承时, 是按支分配, 他们只能取得其父所得到的那部分遗产, 不能与被继承人一亲等的子女按人均分。参见周枬. 罗马法原论(下册)[M]. 北京: 商务印书馆, 1994. 500—501.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕